

University of Groningen

Van kern naar randverschijnsel

Willems, Jan

Published in:
Ik ben niet overtuigd

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Willems, J. (2015). Van kern naar randverschijnsel: Gucci en wat volgde. In G. C. Makkink, M. P. Nieuwe Weme, & A. J. van Wees (editors), *Ik ben niet overtuigd: Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam* (blz. 557-563). (Prinsengrachtreeks). Ars Aequi.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Van kern naar randverschijnsel: Gucci en wat volgde

Huub Willems*

Tempus fugit. Het is een open deur, of beter gezegd een gemeenplaats, maar onweerspreekbaar juist. Toen ik op 1 januari 1996 aantrad als voorzitter van de Ondernemingskamer was Peter Ingelse daarin al werkzaam, en wel als jongste raadsheer, een benijdenswaardige positie, die ik - toen ik eerder in de Ondernemingskamer werkzaam raakte, in 1987, werd ik dank zij Hans Fleers die toen nog niet naar de Hoge Raad was vertrokken immers meteen de oudste - pas wist te veroveren na mijn vertrek als voorzitter in 2009. Het was op 1 augustus van dat laatstgenoemde jaar dat Peter Ingelse, na omzwervingen in de strafkamers en de civiele kamers van het Hof Amsterdam, mij als voorzitter opvolgde. En nu is hij alweer genoopt te vertrekken, niet bij wijze van eigen keuze en zeker niet vanwege "*onbekwaamheid wegens leeftijd*", maar omdat de wetgever gebruik heeft gemaakt van de hem in de Grondwet gegeven bevoegdheid een leeftijd te bepalen waarop een rechter die functie niet meer mag uitoefenen, ook al blijft hij ingevolge diezelfde Grondwet rechter tot - om een gevleugeld woord van mijn leermeester en ook door Peter gewaardeerde Herman Schoordijk¹ te bezigen - "*de dood erop volgt*".

In deze bijdrage wil ik de - verkorte - balans opmaken van de ontwikkelingen die zijn gevolgd op een beschikking van de Ondernemingskamer² die door de Hoge Raad³ hardvochtig werd aangemerkt als blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting - in door mij nooit begrepen jargon: de Ondernemingskamer werd teruggefloten door de Hoge Raad -, en die haar uit de pen van de toenmalige plaatsvervangend procureur-generaal bij de Hoge Raad Mok het niet als zonder meer aardig bedoelde epitheton "*activistische rechter*" die deed aan illegale grensoverschrijding opleverde⁴. Over die stoute beschikking, waaraan Peter en ik beiden hebben bijgedragen, en wat er verder is gebeurd met de strenge leer van de Hoge Raad, wil ik het in deze bijdrage hebben.

Waar ging het ook al weer over?⁵ Gucci, een Italiaanse institutie die het produceren en vermarkten van dure luxe artikelen tot haar *core business* had gemaakt, werd vanwege in haar thuisland als negatief beoordeeld gedrag niet toegelaten tot de notering aan de beurs van Milaan. En dus zocht zij

* Prof. mr. J.H.M. Willems is hoogleraar Corporate Litigation in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, en voormalig voorzitter van de Ondernemingskamer.

¹ *Re vera* hebben Peter en ik, hoezeer aan verschillende universiteiten student geweest, dezelfde juridische scholing genoten, namelijk die van de Amsterdamse school, en zijn wij aldus beiden - dat hebben wij meermaals vastgesteld - geïnfecteerd geraakt door met name het gedachtegoed van Eggens, hij via de kolonisatie door de Amsterdammers van Groningen (dat ik nu vertoef aan zijn Alma Mater, waar hij bovendien ook nog een tijd wetenschappelijk medewerker is geweest, levert een nieuwe gewaardeerde lotsverbondenheid op), ik door die van Tilburg.

² Ondernemingskamer 27 mei 1999, NJ 1999, 487, JOR 1999, 121, nt. L.L.M. Prinsen (Gucci N.V.).

³ Hoge Raad 27 september 2000, NJ 2000, 653, JOR 2000, 217, nt. M. Brink (Gucci N.V.).

⁴ M.R. Mok, De activistische rechter in het ondernemingsrecht, in A-T-D, Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde, Kluwer - Deventer 2000, p. 299 - 314.

⁵ Voor een lichtvoetige beschouwing daarover zie J.H.M. Willems, De feminiele poëzie van het ondernemingsrecht, *Amuse, Ars Aequi* 56 (2007) 9 (september), p. 631 - 632.

haar heil in de gedaante van een naamloze vennootschap naar Nederlands recht aan Damrak 5 in Amsterdam, waar haar van harte een gastvrije herberg werd geboden. LVMH, een Franse vennootschap die haar emplooi eveneens zocht in dure luxe artikelen alsook in al net zo'n dure alcoholische dranken, had een belang opgebouwd in Gucci van om en nabij de 34%, haar onder meer recht gevend op zetels in de raad van commissarissen van Gucci. Dat beviel Gucci, onder leiding van de voormalige Italiaanse advocaat Domenico de Sole, niet. Als verdedigingswal riep zij een *Employees Stock Ownership Plan (ESOP)* in het leven, op grond waarvan aan de werknemers van Gucci aandelen werden en konden worden uitgegeven in een omvang die min of meer gelijk was aan het door LVMH opgebouwde belang. Dat leidde tot de in vier talen gevoerde Frans-Italiaanse tasjesoorlog in de zittingzaal van de Ondernemingskamer aan (toen nog) de Prinsengracht in Amsterdam. Het was de eerste zaak die wereldwijd de schijnwerpers op de Ondernemingskamer richtte. In die zaak waren, op z'n Amerikaans, door partijen drie hooggeleerde opinies ingebracht om de (toen nog slechts) heren van de OK voor te lichten over het Nederlandse recht. Onder het motto "*ius curia novit*", beviel dat de Ondernemingskamer in de toenmalige samenstelling maar matig, hetgeen zij tot uitdrukking bracht door bij de aanvang van de zitting partijen erop te wijzen dat het bespreken van en citeren uit die opinies niet op prijs werd gesteld. Hetgeen de advocaat van LVMH, Marius Josephus Jitta, toen hij een standpunt wenste toe te lichten met een citaat uit hét toenmalige standaardwerk Asser-Maeijer, De naamloze en de besloten vennootschap, tot de hardop uitgesproken gevatte vraag leidde: "*of mag dat ook niet?*".

Na een lange zittingsdag beloofde de Ondernemingskamer op korte termijn uitspraak te doen. Zoals de wet voorschrijft werd haar gevraagd een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Gucci, alsmede om onmiddellijke voorzieningen te treffen⁶. De uitspraak kwam, op de meegedeelde dag⁷. Er kwam een lange beschikking uit de bus met veel brede beschouwingen van min of meer leerstellige aard over enige belangrijke en heden ten dage nog steeds actuele thema's. Het meest verrassend was wellicht de overweging dat het, gelet op het stelsel van het enquêterecht "*niet in strijd (is) met dat stelsel (...) dat de Ondernemingskamer, indien de relevante feiten ter zake van het aangevochten beleid reeds naar aanleiding van de behandeling van het verzoek op grond van artikel 2:345 van het Burgerlijk Wetboek vaststaan en een onderzoek naar die feiten geen nader te dier zake relevante gegevens aan het licht zal of kan brengen en in die zin dus zonder voldoende zin zou zijn, bevoegd is ook zonder een onderzoek (...) te oordelen dat van wanbeleid sprake is en de gevraagde en door haar passend geachte voorzieningen te treffen (...)*". De Ondernemingskamer voegde de daad bij

⁶ Interessant, zeker met *hindsight*, is dat de VEB, die zich samen met haar Franse zusterclub als belanghebbende partij had gevoegd, de Ondernemingskamer verzocht LVMH te bevelen een openbaar bod te doen op alle aandelen omdat de minderheidsaandeelhouders vanwege de overwegende zeggenschap van LVMH in de knel waren gekomen; de Ondernemingskamer, die overigens sympathie had voor het desbetreffende standpunt van de VEB, vond het echter een brug te ver om een jurisprudentiële biedplicht in het leven te roepen en endosseerde het vraagstuk aan de wetgever; zo activistisch was de Ondernemingskamer dus nu ook weer niet.

het woord, wees het verzoek tot het bevelen van een onderzoek af, verstond dat van wanbeleid van Gucci sprake was en vernietigde het besluit tot het in het leven roepen van het *ESOP*.

Dat nu was voor de Hoge Raad een brug te ver. In cassatie overwoog hij dat *"ook op grond van de strekking van de wet (moet) worden aangenomen dat de Ondernemingskamer niet de bevoegdheid heeft gekregen zelfstandig op basis van door haar vastgestelde feiten te oordelen dat van wanbeleid is gebleken en op basis van uitsluitend haar eigen oordeel voorzieningen te treffen. (...) [Het] onderzoek vormt de kern van het in de wet neergelegde stelsel van het enquêterecht. (...) Indien er geen aanleiding bestaat voor het instellen van een onderzoek (...) en behoefte bestaat aan voorzieningen staat de gewone procedure bij de burgerlijke rechter, met alle daaraan verbonden waarborgen, open"*. Er is dus geen rol voor de Ondernemingskamer als vennootschapsrechtelijke kort gedingrechter weggelegd, zo lijkt de conclusie te zijn. Vooral Frank Veenstra heeft dat in zijn Groningse dissertatie⁸ benadrukt, hetgeen hem bovendien tot de vaststelling heeft geleid dat de Ondernemingskamer in een groot aantal gevallen ten onrechte onmiddellijke voorzieningen heeft getroffen, in plaats van - al of niet ambtshalve - het verzoek af te wijzen, hetzij omdat partijen in die gevallen geen behoefte hadden aan een onderzoek, hetzij omdat een onderzoek niet nodig was.

Maar wat toen leek, kan nu, wellicht niet naar de vorm maar wel *ratione materiae*, als *outdated* worden beschouwd. Van Solinge was de eerste die wees op een mogelijke kentering van het tij⁹. De Hoge Raad had in zijn beschikking inzake SkyGate¹⁰ immers overwogen dat de Ondernemingskamer de vrijheid heeft de noodzakelijk geachte onmiddellijke¹¹ voorzieningen te treffen, *"ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap, en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg behoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen ..."*. Het ging in die zaak om het mogen uitschrijven door de bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder van een in aandelen converteerbare lening van de aandeelhouders, waarvan het gevolg was dat de minderheidsaandeelhouder meerderheidsaandeelhouder werd en *vice versa*. De kanttekening moet worden geplaatst dat de meerderheidsaandeelhouder het in die zaak - theoretisch - in zijn macht had dat gevolg te voorkomen, hetgeen volgens Van Solinge als rechtvaardiging van het verstrekking mogen zijn van de voorziening had te gelden. Van Solinge meende echter ook dat de Hoge Raad aldus zijn eerdere beschikking in de Gucci-zaak gedeeltelijk had ondergraven: in wezen werd een definitieve voorziening getroffen zonder onderzoek.

⁷ Die dag werd mede gehaald omdat inmiddels alle leden van de Ondernemingskamer, van wie de voorzitter - het door hem in allerijl bedacht adres leidde Peter Ingelse tot de kwalificatie *cyber judge* - als laatste, inmiddels over e-mail beschikten en het rondzenden, voor het eerst per e-mail, van het concept aanmerkelijk sneller verliep dan tot dan toe gebruikelijk.

⁸ F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 69, Kluwer - Deventer - 2010, met name p. 49 - 55.

⁹ G. van Solinge, *Onmiddellijke voorzieningen in enquête; wordt de Ondernemingskamer een 'echte' kortgedingrechter?*, WPNR 2002, 6476, p. 145 - 146.

¹⁰ Hoge Raad 19 oktober 2001, NJ 2002, 92, noot J.M.M. Maeijer (Skygate Holding B.V.).

¹¹ Door de Hoge Raad ten onrechte *"voorlopige"* genoemd.

In de SkyGate-zaak was overigens wel een onderzoek bevolen. In zoverre was dus geen sprake van strijd met de Gucci-beschikking van de Hoge Raad. Maar de praktische betekenis daarvan werd naar de achtergrond gedrongen als gevolg van de zich bij de Ondernemingskamer ontwikkelende praktijk dat, in geval van grote haast, het - noodzakelijkerwijze aan een enquêteverzoek gekoppelde - verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen werd losgekoppeld van het verzoek voor zover het strekte tot het gelasten van een onderzoek. Dat - formeel niet maar materieel - loskoppelen nam verschillende vormen aan: de Ondernemingskamer besliste over beide onderdelen van het verzoek maar liet de benoeming van een onderzoeker - vooralsnog - achterwege, de Ondernemingskamer behandelde de beide onderdelen maar besliste eerst over de voorzieningen en later over het onderzoek, de Ondernemingskamer behandelde eerst het verzoek tot het treffen van voorzieningen en op een latere terechtzitting het verzoek tot het bevelen van een onderzoek, of de Ondernemingskamer behandelde het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en liet in het midden of en zo ja wanneer het verzoek tot het bevelen van een onderzoek zou worden behandeld. Opmerkelijk genoeg speelde zich dat alles af in een periode waarin in toenemende mate spraakmakende zaken aan de Ondernemingskamer werden voorgelegd, waarin duidelijk was dat het partijen te doen was om de (beslissing op het verzoek tot het treffen van) onmiddellijke voorzieningen en de desbetreffende beslissing de gang van zaken in een vennootschap definitief bepaalde, zodat de zin van een onderzoek betrekkelijk kwam te ontbreken. Zo heeft de Corus-zaak¹² na de afwijzing van het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen geen vervolg meer gehad, hoezeer in het dictum van de beschikking staat te lezen dat het verzoek tot het bevelen van een onderzoek zal plaatsvinden *"op een nader te bepalen en aan partijen bekend te maken dag en uur"*.

Aan die ontwikkelde praktijk lijkt een halt te worden toegeroepen door de beschikking van de Hoge Raad in de DSM-zaak¹³. De advocaat-generaal Timmerman besteedt in zijn conclusie onder het hoofd *"Bezwaren praktijk Ondernemingskamer"* uitvoerig aandacht aan die praktijk. Hoewel hij die praktijk niet zonder meer in strijd met de wet acht, staat hij er sceptisch tegenover en meent hij dat de Ondernemingskamer zeer terughoudend dient te zijn als zij in een *"voorfase"* uitsluitend het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen behandelt. In bewoordingen die sterk aan Gucci doen denken schrijft hij: *"Wel bezwaarlijk acht ik het dat het zich kan voordoen dat het eigenlijke geschil tussen partijen na een wel heel summiere rechtsgang met geringe rechtswaarborgen voor de verwerende partij door de Ondernemingskamer in deze voorfase feitelijk definitief wordt beslist. De onmiddellijke voorziening blijkt dan namelijk doorslaggevend te zijn voor het verloop van het geding en roept in de verhouding tussen partijen een fait accompli in het leven"*.

De Hoge Raad heeft die opvatting onmiskenbaar gevolgd. Naar zijn oordeel immers heeft de wetgever niet uitgesloten dat de Ondernemingskamer gebruik maakt van haar bevoegdheid

¹² Ondernemingskamer 13 maart 2003, ARO 2003, 47, JOR 2003, 85, noot F.J.P. van den Ingh (Corus Nederland B.V.).

onmiddellijke voorzieningen te treffen voordat zij op het verzoek tot het instellen van een onderzoek beslist, maar niet alleen dient dan in beginsel te worden beoordeeld dat er aanleiding is voor een onderzoek, bovendien zal dan "*van die bevoegdheid slechts een terughoudend gebruik kunnen worden gemaakt*".

De beschikking van de Hoge Raad heeft een vervolg gekregen in het kader van de herziening van het enquêterecht, die per 1 januari 2013 haar beslag heeft gekregen. De wetgever heeft door de toevoeging van lid 3 aan artikel 2:349a BW de Gucci-doctrine met inachtneming van de DSM-beschikking van de Hoge Raad immers gecodificeerd¹⁴. Ingevolge dat derde lid mag de Ondernemingskamer ingeval nog geen onderzoek is gelast **slechts** onmiddellijke voorzieningen treffen indien - kort gezegd - er naar haar voorlopig oordeel gronden voor een onderzoek aanwezig zijn, en dient zij daarna binnen een redelijke termijn te beslissen op het verzoek tot een onderzoek. Aldus hebben wetgever en Hoge Raad in eendrachtige samenwerking de losse korte gedingvoorziening van de Ondernemingskamer in de ban gedaan.

De Ondernemingskamer moest het in de periode dat Peter Ingelse aan het roer stond - van 1 augustus 2009 tot 1 juni 2015 - dus met dat *framework* van haar jurisdictie doen. De vraag is of zij daarbinnen is gebleven en het antwoord lijkt intussen welbeschouwd, of liever: naar de *substance* bekeken, ontkennend te moeten luiden. Het leven is sterker dan de leer. Leijten en Nieuwe Weme hebben dat in hun in voetnoot 14 genoemde bijdrage goed aangevoeld. Niet alleen merken zij terecht op dat zij niet direct zien voor welk probleem de wijziging van artikel 2:349a BW een oplossing biedt, met vooruitziende blik schrijven zij even terecht: "*Wij verwachten (...) dat de voorgestelde bepaling de bestaande praktijk niet zal wijzigen*". Zoals zij beschrijven, realiseerde ook de minister van Justitie zich dat het lastig is via een wettelijke bepaling als hier aan de orde het procesgedrag van partijen te beïnvloeden. Wat minder aardig gezegd zou ook kunnen worden opgemerkt dat de invoering van lid 3 van artikel 2:349a BW een vertoning voor de *Bühne* is geweest: lippendienst wordt bewezen aan doctrinaire opvattingen maar een "*soepel omgaan*" daarmee wordt gebillijkt, zo niet wenselijk geacht¹⁵.

Ik volsta met het bespreken van twee voorbeelden uit de net genoemde periode, die laten zien dat in die periode de ontwikkeling van de onmiddellijke voorzieningenjurisdictie tot een - '*echte*' in de door Van Solinge bedoelde zin - kort gedingjurisdictie niet heeft stilgestaan, sterker nog, tot vrijwel volledige wasdom is gekomen. Maar eerst breng ik onder de aandacht dat het voorschrift van lid 3 van artikel 2:349a BW niets nieuws heeft gebracht, hoewel in het kader van de genoemde voorbeelden de indruk wordt gewekt dat dit wel het geval is. Niet alleen was de Ondernemingskamer naar aanleiding van de DSM-beschikking er al toe overgegaan om in het geval dat alleen werd beslist op het verzoek tot het

¹³ Hoge Raad 14 december 2007, ARO 2008, 4, JOR 2008, 11, noot A. Doorman, Ondernemingsrecht 2008-1, p. 36 - 40, noot P.J. Dortmond en M.W. Josephus Jitta (Koninklijke DSM N.V.).

¹⁴ Zie voor een beschrijving van de wetsgeschiedenis daaromtrent onder meer A.F.J.A. Leijten en M.P. Nieuwe Weme, Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2012, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112, met name p. 145 - 148.

treffen van onmiddellijke voorzieningen in haar beschikkingen op te nemen¹⁶ dat "*naar haar voorlopig oordeel er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen*"¹⁷, het kan niet anders dan dat zulk een oordeel ook reeds per definitie opgesloten ligt in de overweging dat de toestand van de rechtspersoon tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen noopt. Van dat "*nopen*" kan immers alleen maar sprake zijn indien zich gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid voordoen¹⁸. De nieuwe wettelijke regeling is dan ook alleen *sacrosanctitatis causa* geschreven: de Ondernemingskamer moet de al altijd toegepaste gedachtegang aan het papier toevertrouwen.

Uit het begin van de meergenoemde "*bijna 6 jaarperiode*" is de Inter Access-beschikking van de Ondernemingskamer¹⁹ te noemen. In die zaak trof de Ondernemingskamer zeer verstrekkende onmiddellijke voorzieningen, waarvan het effect was dat het aandeel in de vennootschap van de meerderheidsaandeelhouder (59,5%) definitief en onherroepelijk verwaterde tot rond de 11%. Anders dan in de SkyGate-zaak had die meerderheidsaandeelhouder zelfs niet in theorie de mogelijkheid die verwatering tegen te houden: het werd hem onmogelijk gemaakt deel te nemen in de emissie die de Ondernemingskamer door de voorzieningen faciliteerde. Daargelaten of zijn klacht dat sprake was van ingevolge artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM ontoelaatbare onteigening uiteindelijk kans van slagen zou hebben, niet onbegrijpelijk is dat hij het niet vanzelfsprekend vond dat hem via de route van onmiddellijke voorzieningen de overheersende zeggenschap in de vennootschap definitief en onomkeerbaar kon worden ontnomen. Weliswaar was, om redenen van proceseconomische efficiëntie, ter terechtzitting ook het verzoek tot het bevelen van een onderzoek behandeld en is dat verzoek toegewezen, tot de benoeming van een onderzoeker werd niet overgegaan²⁰ en een onderzoek heeft nimmer plaatsgevonden. In wezen werd dus het conflict in kort geding definitief beslecht.

Wat zich had voorgedaan werd door de Hoge Raad²¹ aldus omschreven: "*De Ondernemingskamer heeft een onderzoek bevolen, maar het benoemen van een onderzoeker voorlopig uitgesteld, om - overeenkomstig de wens van alle partijen - eerst te bezien of de getroffen voorzieningen aan de bestaande onwenselijke situatie een einde maken (...) waarbij is overwogen dat ieder van partijen op*

¹⁵ In de woorden van Leijten en Nieuwe Weme, l.c., p. 147 en 148: de minister kon de bestaande praktijk tot op zekere hoogte "*billijken*" en hij realiseerde zich dat partijen tot op zekere hoogte zelf bepalen wat een redelijke termijn is.

¹⁶ Dat de DSM-beschikking tot het *expressis verbis* opnemen van de na te noemen zinsnede zou nopen, kan overigens naar mijn mening niet uit die beschikking worden afgeleid.

¹⁷ Volgens Leijten en Nieuwe Weme, l.c., p. 146, heeft de minister in artikel 2:349a lid 3 BW juist aansluiting gezocht bij die formulering van de Ondernemingskamer.

¹⁸ Reeds om deze reden is er in zoverre geen sprake van enig verschil tussen het recht op dit stuk van vóór en van na 1 januari 2013. Datzelfde geldt, zoals hierna zal blijken, voor de ingevolge de DSM-beschikking en - impliciet - lid 3 van artikel 2:349a BW in acht te nemen terughoudendheid. Die volgt immers reeds uit het toepasselijke criterium in verbinding met de aard van de beslissing. Het beste wat men nog kan aanwijzen als wijziging is hoogstens dat de Ondernemingskamer genoopt wordt in de motivering van de beschikking tot uitdrukking te brengen dat zij zich dit een en ander realiseert. Zogezegd gaat het in de DSM-beschikking en in artikel 2:349a lid 3 BW slechts om aan de motivering te stellen eisen en wijken zij noch af van eerdere rechtspraak van de Ondernemingskamer onderscheidenlijk brengen zij noch nieuw - materieel - recht.

¹⁹ Ondernemingskamer 31 december 2009, ARO 2010, 6, JOR 2010, 60, noot A. Doorman, Ondernemingsrecht 2010-7, 65, noot Bastiaan F. Assink (Inter Access Groep B.V.).

²⁰ Naar valt te lezen in de beschikking geschiedde dat op gezamenlijk verzoek van partijen; de desbetreffende overweging werd in cassatie tevergeefs bestreden.

²¹ Hoge Raad 25 februari 2011, ARO 2011, 41, NJ 2011, 335, noot P. van Schilfgaarde, JOR 2011, 115, noot A. Doorman, Ondernemingsrecht 2001-5, 40, noot Bastiaan F. Assink (Inter Access Groep B.V.).

enig haar conveniërend moment aan de Ondernemingskamer kan verzoeken over te gaan tot benoeming van een onderzoeker". In een enkele korte en apodictische zin kreeg dit de zegen van de Hoge Raad: *"Deze gang van zaken is niet in strijd met het stelsel van de wet"*. Dat klinkt toch anders dan dat het onderzoek de kern van dat stelsel vormt.

De Ondernemingskamer is op deze weg blijven doorgaan. In een bijna aan het einde van de meergenoemde periode gewezen beschikking in een wellicht minder aansprekende maar wel voor de bulk van de voor de Ondernemingskamer uitgevochten disputen meer kenmerkende zaak²², heet het: *"De Ondernemingskamer zal - in overeenstemming met de wens van partijen - de aanwijzing van een onderzoeker voorsnog aanhouden, opdat kan worden gezien of mogelijk reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen alsnog een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder van partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen, opdat het onderzoek een aanvang kan nemen"*. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen worden de bestuurders van de vennootschap geschorst, worden hun aandelen ten titel van beheer overgedragen en worden een OK-bestuurder en een OK-beheerder van de aandelen aangewezen, dat alles in de hoop dat het geschil in der minne tot een oplossing kan worden gebracht.

Dat is dus de manier waarop de praktijk van de Ondernemingskamer zich per heden heeft ontwikkeld. De - feitelijke - kern van vele enquêteprocedures is heden ten dage de beslissing op het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Het onderzoek is de achterwacht voor het geval de kort gedingbeslissing niet het beoogde effect heeft. Dat het in de enquêteprocedure om een 'echt' kort geding gaat, wordt procedureel bovendien nog gedemonstreerd door de recent ontwikkelde, ook in de zojuist genoemde Holding in den Eng-zaak toegepaste praktijk van de Ondernemingskamer dat zij de beslissing aanstonds na de behandeling ter terechtzitting neemt en uitspreekt²³, onder de aankondiging dat de uiteenzetting van de gronden waarop die beslissing steunt later volgt. Het komt erop neer dat ondanks het, mede gezien artikel 2:25 BW, dwingendrechtelijke karakter van de bepaling, de eerste zin van artikel 2:349a lid 3 BW niets nieuws brengt en de laatste zin een bepaling van *"dispositief procesrecht"* formuleert. En de dogmatische, aan Gucci ontleende tegenwerpingen worden anno 2015 niet meer gehoord.

Dat alles kan ook anders worden gezegd. Er zijn relatief niet zo heel veel enquêteprocedures die het brengen tot een verslag en nog minder procedures waarin een tweede fasebeslissing valt op basis van een verslag. Het enquêterecht is in het leven geroepen om het naar behoren functioneren van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te bevorderen. Goeddeels betreffen de procedures die de tweede fase halen - en waarin het onderzoek de kern van de procedure vormt - het creëren van een opstap naar aansprakelijkheid. Als het om het functioneren van de vennootschap en de

²² Ondernemingskamer 25 oktober 2014, ARO 2015, 6 (Holding in den Eng B.V.).

²³ Een praktijk waarvan Peter Ingelse zich zonder twijfel ook nog herinnert dat zij vroeger vaak werd gevolgd in WOR-zaken.

met haar verbonden onderneming gaat, staan de onmiddellijke voorzieningen centraal. Dat de enquêteprocedure aldus als het ware een draai van 180 graden heeft gemaakt, valt ook te zien door een blik op ARO - het "*clubblad*" van de Ondernemingskamer - te werpen. Zo zijn in aflevering 4 van 2015 beslissingen met betrekking tot twintig vennootschappen opgenomen. Twee daarvan hebben betrekking op de tweede fase van de procedure, achttien op de eerste. En van die achttien houden zeven de beslissing in dat de procedure wordt beëindigd. Twee daarvan, waarin het einde wordt bewerkstelligd door het faillissement van de vennootschap weggedacht, is het tot stand gekomen zijn van een minnelijke regeling de reden waarom partijen die beëindiging wensen. De onmiddellijke voorzieningen, en daar ging het partijen dus om, en dus de kort gedingprocedure hebben hun werk gedaan.

Zo ziet het enquêterecht er dus uit wanneer Peter Ingelse bij het scheiden van de markt de stand van zaken beschouwt: het door hem als jongste raadsheer bijna op de kop af zestien jaar geleden mede bedachte fenomeen in een *rebuked judgment*, is nu bij zijn afscheid als voorzitter, onder een naar de uiterlijke verschijningsvorm ietwat andere maar in de kern niet zo heel verschillende gedaante de gewoonste zaak van de wereld geworden. Vasthoudende opstandigheid loont dus. Ja, *tempus fugit*, maar ook: *tempora mutantur et nos mutamur cum illis*, om met een andere gemeenplaats af te sluiten.